geschlossen werden, da dieses Wort, nach dem Obigen, bald so, bald so gebraucht wird. Es wäre auch, unter Voraussetzung der falschen Theorien, eine Inconsequenz, wenn man grade in diesem Fall bey den 70 Jahren der Pandecten bleiben wollte; denn die Pflicht, für und wider andere Personen Zeugniß zu geben, ist nichts mehr und weniger, als eine Staatslast, und ein wirkliches munus publicum, so gut, wie Tutel und Curatel. Mit der richtigen Theorie verschwinden hier aber alle Schwierigkeiten. Denn ist es eine unverändert gebliebene Regel, daß man sich von öffentlichen Functionen in der Regel nur nach vollendetem 70sten Jahre zurückziehen kann, so hat auch der aufgerufene Zeuge keinen Grund, für sich eine Ausnahme zu verlangen.

III.

Ueber die Regel: affirmanti incumbit probatio, vornemlich als Widerlegung der Weberschen Erklärung derselben.

Von
Herrn Oberappellationsrath und Professor D. Kori in Jena.

Die von vielen Spruchbehörden, besonders im Königreich Sachsen angenommene Meinung: daß bloße Verneinungen, auf welche die streitenden Partheyen in Processen ihre Anträge stützen, des Beweises nicht bedürfen, ist von jeher bestritten [1]) und dagegen von vielen besonders neueren Juristen die Regel aufgestellt worden:

---

1) *Mevius* P. V. decis. 279. *Boehmer*. Jus eccles. Protest. Lib. II. Tit. 19. §. 3. sqq. *de Cocceji* Jus civile controvers. L. XXII. Tit. III. qu. 6. *Walchii* introduct. in controv. jur. civil. Sect. IV. Cap. II. §. 11. Danz Grundſ. des ordentl. bürgerl. Processes. §. 232.

Jede Behauptung, worauf eine Parthey ein Recht oder eine Befreyung gründe, selbst wenn sie in einer bloßen Verneinung besteht, müsse von ihr erwiesen werden.

Am ausführlichsten hat diese Regel Weber [2]) zu verheidigen gesucht, und seiner Theorie sind nachher viele andere beygetreten; ja Reinhardt [3]) glaubt, daß diese Regel jetzt feststehe. Ich meines Orts habe mich aber bey der strengsten Prüfung der von Weber und anderen berühmten Rechtsgelehrten für diese Theorie angeführten Gründe von deren Richtigkeit nicht überzeugen können. Sowohl die Wichtigkeit des Gegenstandes als eine gewisse Anhänglichkeit an dem bestehenden Gerichtsbrauch, den ich gleichsam als einen alten erfahrenen Mann verehre, der sich in der juristischen Welt solide Kenntnisse erworben hat, veranlassen mich, den Streit darüber zu reassumiren und meine Ansichten zur öffentlichen Beurtheilung vorzulegen.

Zuvörderst ist es wohl an sich klar, daß alles, wodurch ein Recht entsteht, aufgehoben oder verändert wird, im Processe wider den zweifelnden Gegner erwiesen werden müsse. Der Ursprung, die Aufhebung oder Veränderung eines Rechts geht aber nicht aus einer Leerheit der Zeit, sondern aus äußeren Begebenheiten hervor, nämlich aus Thatsachen, welche entweder in Handlungen der Staatsbürger, oder in Naturereignissen bestehen, die nach den Gesetzen oder dem Willen der handelnden Personen rechtliche Verhältnisse begründen oder verändern. Aus Nichtereignissen also entstehen in der Regel keine Rechte oder Verbindlichkeiten; wo sie aber durch Gesetz oder Willenserklärung der Privatpersonen zur Bedingung eines Rechts gemacht werden, kann dies nicht anders geschehen,

---

2) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. Halle. 1805. S. 154—239.

3) Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes. 1. Theil. Stuttgart, 1823. §. 156. Note 1., wo er zugleich die Anhänger dieser Theorie anführt.

als durch Bezeichnung eines speciellen Ereignisses, welches, wenn es eintritt, das Rechtsverhältniß aufheben oder abändern soll. Der Nichteintritt eines solchen Ereignisses liegt dann schon in dem bisherigen Zustande der Dinge, von welchem jene Gesetze oder Privat-Willenserklärungen ausgingen und bedarf, weil dessen Veränderung nicht vermuthet wird [4], des Beweises nicht, sondern erst der Eintritt des bezeichneten Ereignisses ist Gegenstand der äußeren Wahrnehmung und des menschlichen Zeugnisses.

Unter solche Nichtereignisse gehören jedoch nicht Zustände, die sich ihrer Natur nach verändern, z. B. Alter, Wetter, Jahreszeiten.

Ein durch Gesetz oder Privatbestimmung ausdrücklich zur Bedingung eines Rechts erhobenes Nichtereigniß hat der Berechtigte, welcher sich in Processen auf jenes Rechtsverhältniß bezieht, des Zusammenhanges wegen zwar mit zu erwähnen, nicht aber zu erweisen. Von Nichtereignissen dieser Art unterscheide man jedoch solche, welche in dem Nichtvorhandenseyn von Verhältnissen liegen, die nach den Gesetzen das jetzt in Streit gezogene Rechtsverhältniß gar nicht hätten entstehen lassen, oder welche selbiges nach seiner Entstehung wieder verändert oder vernichtet haben würden. Z. B. bey angestellter hereditatis petitione ab intestato wird vorausgesetzt: daß kein Testament vorhanden sey; bey angestellter publicianischen Klage: daß der Beklagte nicht der wirkliche Eigenthümer der Sache sey; bey der Klage auf Auszahlung eines Legats: daß sich dessen der Legatar nicht unwürdig gemacht habe; bey jeder Foderung: daß sie nicht durch ein späteres Ereigniß wieder aufgehoben worden sey. Nichtereignisse dieser Art gehören nämlich nicht in den Kreis derjenigen Thatsachen, welche an sich dem Rechte seine Entstehung geben, und brauchen daher von der berechtigten Parthey in ihren Proceßvor-

---

4) L. 8. ff. de condict. causa data, c. n. sec. L. 7. ff. de conditionib. et demonstr. L. 67. eod.

trägen **nicht einmal erwähnt zu werden**, sondern es ist lediglich Sache ihres Gegners, für sich das Gegentheil (als Ausflucht, Replik rc.) anzuführen und darzulegen [5]).

Da gewöhnlich die Klagen und Einreden auf specielle Thatsachen gegründet werden, so liegt überhaupt für jene dem Kläger, für diese dem Beklagten der Beweis ob [6]). Allein, soweit die der Klage oder Einrede untergelegte Geschichtserzählung bloße Verneinungen enthält, oder wo eine Einrede durchaus negativ ist [7]), kann jene Regel nicht Anwendung finden; wie sie denn auch an sich nichts über die im weiteren Verlauf des Processes vorkommenden Parthey-Vorträge bestimmt. Dafür bedurfte es einer allgemeinen Regel über die Beweislast, und eine solche ist durch mehrere Gesetze dahin festgestellt:

affirmanti incumbit probatio.

L. 2. ff. de probationib.

„ei incumbit probatio, qui *dicit*, non qui *negat*."

L. 23. C. de probat. Cap. 11. X. de probat. Cap. 5. X. de renunciat.:

„cum per rerum naturam *factum negantis* probatio nulla sit."

L. 10. C. de non numer. pec:

„Adservatio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur: nec huic oblo-

---

5) **Gensler** im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. II. S. 271., nennt solche von dem Berechtigten mit angeführten Nichtereignisse: **anticipirte Verneinungen**. Gleichwohl erfordert er von dem Collateral-Erben den Beweis: der Erblasser sey **ohne** legitime Descendenten und **ohne** Testament gestorben.

6) §. 4. Inst. de legatis. L. 19. pr. et L. 21. ff. de probat. L. 3. et 8. C. de probat. L. 9. C. de oblig. et act.

7) Z. B. die des mangelnden Kosten-Vorstandes der fehlenden Legitimation zum Proceß, oder zur Sache, oder des Mangels eines Geschlechts-Vormundes bey dem Geschäft woraus ein Frauenzimmer klagt.

quitur, quod exceptio non numeratae pecuniae, certa die non delata querela, prius evanescat: cum inter eum, qui *factum adseverans* onus subiit probationis, et *negantem numerationem* (*cujus naturali ratione probatio nulla est*) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia."

Weber will in diesen Gesetzen die Regel: daß nur bejahende Sätze des Beweises bedürfen, nicht verneinende, keineswegs finden, und die Ausdrücke der Gesetze: dicere adseverare von dem Bejahen eines Satzes nicht verstehen, sondern meint, sie bedeuteten weiter nichts, als: mit Worten etwas sagen, das negare aber sey ein bloßes Widersprechen, sollte es auch durch einen bejahenden Satz geschehen. Es sey vielmehr in diesen Gesetzen die Regel enthalten:

daß jeder streitende Theil die Behauptungen, worauf er seine Anträge stütze, sollten sie auch in Verneinungen bestehen, zu erweisen habe [8]).

Allein diese Auslegung ist nicht nur der gemeinen juristischen Bedeutung des Worts: dicere, wornach es als Bejahung eines speciellen Umstandes gebraucht wird [9]), sondern auch dem Sinne der oben ausgehobenen Gesetzstellen in ihrem Zusammenhange entgegen. Denn in L. 2. ff. de probat. wird das dicere dem negare geradezu entgegengesetzt; in den übri-

8) Gleicher Meinung sind *Schaumburg*, princip. prax. juridicae judic. T. I. pag. 162. not.* et noto. Gönner Handb. des deutschen gemeinen Processes. Bd. I. Num. XXXVIII. §. 18. Gensler im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. II. Num. XXI. S. 267. und mehrere andere. Die entgegengesetzte Meinung hingegen vertheidigen: *de Cocceji* L. cit. *Leyser* spec. 255. med. 1—3. Hommel Anleit. Gerichtsacten zu extrahiren und zu referiren. Abtheil. II. Hptst. II. §. 59. z. E. *Walch* l. c. *Hellfeld.* jurispr. for. §. 1153. und andere.

9) L. 18. ff. de probat. L. 19. pr. et §. 1. eod. L. 18. ff. de aedilit. edicto. Nov. 72. cap. III. *Brissonius* de verbor. signif. v. *dicere* no. 2. *Calvini* lexic. juridic. v. *dicere*.

gen Gesetzen aber ein *factum* adseverans von einem *factum* negante unterschieden, und ersterem der Beweis aufgelegt, letzterer hingegen davon frey gesprochen, auch der Grund beygefügt: weil dies der Natur der Sache gemäß sey. Wenn nun, wie im Eingange dieses Aufsatzes bemerkt ist, Rechte nur aus einzelnen Thatsachen entspringen, und Nichtereignisse, wo sie als Bedingung eines Rechts ausdrücklich aufgestellt worden, nur in einem durch ein bestimmtes Ereigniß nicht zu unterbrechenden Zustande der Gegenwart bestehen, dessen Veränderung nicht vermuthet wird, wenn ferner Nichtereignisse überhaupt nicht Gegenstände äußerer Wahrnehmung und menschlichen Zeugnisses sind: so war nach der Natur der Sache allerdings nur demjenigen der Beweis aufzubürden, welcher einen rechtlichen Antrag auf Bejahung einer speciellen Thatsache stützt, nicht demjenigen, welcher eine Thatsache läugnet. Die Gesetze sagen ja nicht: ei incumbit probatio, qui prior dicit, non ei, qui contradicit, sondern vielmehr: ei, qui factum dicit (affirmanti), non, qui factum negat. Die Webersche Regel stimmt mit der Natur der Sache um so weniger überein, je zufälliger es oft ist, welcher streitende Theil zuerst als Kläger oder Beklagter auftritt [10]), oder im Verlauf des Processes zuerst auf ein Ereigniß oder Nichtereigniß sich bezieht, was auf das streitige Rechtsverhältniß oder auf den Proceß selbst Einfluß hat [11]).

Daß der Beweis verneinender Sätze überhaupt möglich sey, kann man Webern zugeben, obschon diese Möglichkeit nach gemeinem Proceß, welcher den Eid de credulitate ausschließt, in vielen Fällen wegfallen muß. Wenn aber Weber

10) Z. B. in den judiciis mixtis. L. 13. 14. et 29. ff. de judiciis, oder, wenn der Beklagte seine Einreden klagend würde verfolgt haben, wenn nicht sein Gegner ihm mit der Klage zuvorgekommen wäre, oder im sogenannten communicatorischen Proceß.

11) Denn die Fälle, wo die Partheyen in ihren Anträgen zum Ueberfluß Verneinungen annehmen, berühren unsere Streitfrage nicht.

S. 209. u. f. die Unvernünftigkeit der Stellen des canonischen Rechts, worin der directe Beweis verneinender Sätze selbst für unmöglich geachtet wird [12]), tadelt, so kann er dadurch doch nicht die von den Päbsten wirklich ausgesprochene Befreyung des negantis vom Beweise selbst zu Nichte machen, sollten auch die Päbste in dem Grunde ihre Verordnungen geirrt haben [13]).

Die Gesetze sind sich aber auch in Anwendung der Regel: daß nur Bejahungen specieller Thatsachen des Beweises bedürfen, nicht die Verneinungen derselben, treu geblieben, wie aus folgenden Beyspielen erhellet:

1) Bey dem Vermächtniß einer fremden Sache hat der Legatar den Beweis zu führen: der Testator habe gewußt, daß er eine fremde Sache legire, und der Erbe ist vom Beweise der Unwissenheit des Testators entbunden [14]).

2) Ist die richtige Erfüllung eines doppelseitigen Vertrags zur Bedingung der Gültigkeit des Vertrags gemacht worden (pactum commissorium), so hat der Kläger, welcher die Rückgabe der Sache wegen Nichterfüllung des Vertrags durch Beklagten verlangt, keineswegs die Nichterfüllung dazuthun [15]).

3) Wenn der dominus emphyteuticarius wider den Emphyteuta wegen dreyjährigen Rückstandes des Canons ac-

---

12) Cap. 11. X. de probat. Cap. 1. de confess. in 6to.

13) Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena. 1813. §. 16.

14) §. 4. Inst. de legatis.

15) L. 4. §. 11. ff. de Lege commiss. L. 8. ff. eod. So hat auch die Jenaische Juristen-Facultät erkannt in Fällen der Anwendung des Fürstl. Schwarzburg-Sondershausischen Mandats vom 13. Febr. 1786., wornach bey Alimentationsverträgen die Nichterfüllung derselben dem andern Contrahenten das Recht gibt, den Contract aufzurufen. (L. 1. C. de donat. sub modo.)

tionem privatoriam anstellt, braucht er nicht zu beweisen, daß der Beklagte auf so lange den Canon nicht bezahlt habe [16].

4) Bey angestellter querela wegen eines pflichtwidrigen Testaments die auf Unrichtigkeit der ausgedrückten Enterbungsursache gegründet worden, hat der beklagte Testamentserbe den Beweis der Wahrheit der Enterbungsursache zu führen [17].

5) Der Pflegbefohlne, welcher gegen das vormundschaftliche Gericht die subsidiarische Entschädigungsklage angestellt hat, ist nicht verbunden, zu beweisen: daß die für den Vormund angenommenen Bürgen schon zur Zeit ihre Annahme insolvent gewesen, vielmehr hat das vormundschaftliche Gericht die damalige Bürgschafts-Fähigkeit darzuthun [18].

6) Hätten die Römer den Beweis einer Verneinung erfordert, so würden die ungenannten Contracte, wenn das von dem einen Contrahenten Gegebene wegen nicht erfolgter Gegenleistung von dem anderen Contrahenten zurückgefordert wurde, die beste Gelegenheit gegeben haben, jenen Grundsatz auszusprechen. Gleichwohl findet sich in dem Titel der Pandecten, de condictione causa data, causa non secuta, und des Codex de condict. ob causam datorum davon keine Spur, sondern vielmehr vom Gegentheil [19].

Ferner hat der Gerichtsbrauch die Regel: daß bloße Verneinungen keinen Beweis erfordern, wenigstens in folgenden Fällen beobachtet:

---

16) L. 2. Cod. de jure emphytevt.

17) Nov. 115. cap. III. §. 14. in f.

18) L. 11. ff. de probat.

19) L. 5. pr. ff. de condict. c. d. c. n. sec. L. 6. eod. L. 4. C. de condict. ob. caus. dator. -- Uebereinstimmend ist die Preuß. allgem. Gerichtsordnung Th. I. Tit. XIII. §. 9 u. 28. Tit. X. §. 41., wornach keine Thatsache und keine Veränderung zu vermuthen, sondern erhebliche Thatsachen zu beweisen sind.

a) Der gute Glaube, er mag bey der Verjährung oder bey Verträgen in Frage kommen, wird, da er in einem negativen Zustande, nämlich in dem Nichtvorhandenseyn von Thatsachen, die den bösen Glauben hervorbringen, besteht, vermuthet, bis das Gegentheil dargelegt ist [20]).

b) Bey angestellter Negatorien-Klage wegen einer Servitut hat der Kläger bloß sein Eigenthum an der Sache zu bescheinigen, nicht die Freiheit an derselben von der angemaßten Servitut [21]).

c) Wer auf Erfüllung eines Versprechens klagt, braucht nur das Versprechen selbst zu erweisen, nicht aber seine Behauptung: daß der Beklagte das Versprechen unerfüllt gelassen habe.

d) Wer in einer angestellten Besitzklage sich auf fehlerfreyen Besitz bezieht, hat nur den Besitz selbst darzuthun, nicht die Freyheit desselben von Fehlern (vis, clandestinitas, precarium), die vielmehr der Beklagte an- und auszuführen hat [22]).

e) Wer als Verwandter auf einen Intestat-Nachlaß Anspruch macht, ist nicht schuldig darzulegen, daß mehrere Intestaterben nicht vorhanden seyen [23]).

f) Wer sich auf eine solche erlöschende Verjährung bezieht, die durch bloßen Nichtgebrauch des Rechts zu Stande kommt, z. B. Verjährung einer Schuldforderung, hat, wenn nur die Verjährungszeit verflossen ist, nicht zugleich den Nichtgebrauch des Rechts auszuführen, sondern es kommt dem bis-

---

20) Meine Theorie der Verjährung. §. 64. lit. 9. u. Note 307.

21) *Wernher*. P. I. obs. 339. *Berger*. Elect. Discept. For. Tit. XX. not. 6. *Berger*. Decis. 76. *Kind*. Quest. For. Ed. 2. Tom. III. Cap. 44. Klötzer a. O. §. 33. — 35.

22) *Kind*. Quaest. For. Tom. III. Cap. 16. Pfotenhauer Abhandlung über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. Leipzig 1797. §. 8. u. 23.

23) *Kind*. Tom. II. Cap. 84.

herigen Berechtigten zu, den fortgesetzten Gebrauch seiner Befugniß darzuthun [24]).

Ob nun schon Weber a. O. S. 196. u. f. seine Behauptung: daß selbst verneinende Sätze, worauf streitende Partheyen ihre Anträge gründen, deß Beweises bedürften, aus römischen Gesetzen zu rechtfertigen versucht hat, so wird doch eine nähere Prüfung der dießfalls von ihm angeführten Gesetzstellen ergeben: daß darin entweder vom Beweise wirklicher Bejahungen, oder vom bloßen Gegenbeweise wider eine bereits vorliegende oder präsumirte Thatsache die Rede sey [25]). Denn:

1) L. 25. pr. ff. de probat. enthält keineswegs eine Verbindlichkeit dessen, welcher condictionem indebiti angestellt hat, den Umstand: daß er dem Beklagten Nichts schuldig gewesen sey, als reine Verneinung darzulegen [26]). Vielmehr ist darin, mit Unterscheidung der Fälle, folgendes bestimmt:

---

24) Vergl. L. 12. et 20. ff. quemadm. servit. amitt. L. 3. et 4. C. de praescr. 30. vel 40. annor. Außerdem wäre auch der Richter außer Stande eine verjährte Klage Amts wegen zu verwerfen. Schmidts practisches Lehrb. von gerichtlichen Klagen und Einreden Martinische Ausgabe. Jena 1823. §. 65. Note * Chursächs. Constit. 25. P. I.

25) Selbst Gensler im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. II. S. 267. zweifelt an der Brauchbarkeit einiger dieser Gesetzstellen für die Webersche Meinung, jedoch ohne sich darüber näher zu erklären. Allein schon vor ihm hat Klötzer a. O. §. 10. u. f. die von Webern angeführten Gesetze widerlegt, obschon nicht erschöpfend genug.

26) Paulus sagt darin:
«Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum? Res ita temperanda est: ut si quidem is qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam indebitam hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione, ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad

a) Hat der Beklagte überhaupt geläugnet, vom Kläger etwas erhalten zu haben, letzterer aber nachher das Gegebene erwiesen, so soll ersterer darthun: daß ihm das Empfangene gebührt habe — mithin den Erwerbstitel.

b) Hat aber der Beklagte gleich Anfangs gestanden: vom Kläger den Gegenstand erhalten zu haben, hingegen geläugnet: daß es indebite geschehen sey, so muß Kläger den Beweis führen: entweder daß der Beklagte ex dolo das Gezahlte angenommen, oder daß er, Kläger, durch einen Umstand in Unwissenheit versetzt worden sey, daß er es nicht schulde [27]. — Dabey ist also die bloße Behauptung der Unwissenheit nicht ausreichend, und nicht Gegenstand des Beweises.

c) Behauptet der Kläger, zuviel gezahlt zu haben, oder Etwas, was schon bezahlt war, so hat er den Beweis des Irrthums zu führen [28]) — welcher selbst im ersten Fall nicht eine bloße Verneinung zum Gegenstand hat, sondern das Rechtsgeschäft welches auf eine geringere Summe eingegangen war.

In diesem Gesetz ist mithin überall nicht vom Beweis

---

probationes praestandas: quod pecuniam *debitam* accepit: per enim absurdum est, eum, qui ab initio negavit, pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus, eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere."

27) „Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, *praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit*, nemo dubitat: Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat: et maxime, si ipse, qui indebitas dedisse, dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est, in aliquo facto errasse: et ideo eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel *aliquam justam ignorantiae causam* indebitum ab eo solutum et, nisi ostenderit, nullam eum repetitionem habere."

28) L. cit. §. 2.

einer bloßen Negation die Rede, sondern von Darlegung factischer Umstände, welche einen Irrthum des Zahlenden, oder eine Arglist des Empfängers in sich fassen [29]), und welche gegen den Besitzer, der die Vermuthung gerechten Erwerbs für sich hat, oder im Gegenbeweise dargelegt werden sollen.

2) Nach L. 15. ff. de probat. sollen die Brüder eines Verstorbenen gegen einen Menschen, der sich fälschlich für einen Sohn des Verstorbenen ausgab und des Nachlasses sich anmaßt, auch in angeblichem Auftrag des Verstorbenen Fideicommisse an erstere auszahlte, worüber sie ihm Quittung ausstellten, wenn sie nachher ihren Irrthum einsehen und die Erbschaft ihres Bruders von ihm verlangen, beweisen: daß er ein Sohn des Erblassers nicht sey. — Allein einestheils liegt auch hierin nicht schlechterdings der Beweis einer Verneinung, wenn nämlich die Brüder darthun, wer der rechte Vater jenes Menschen sey [30]); anderntheils enthält auch dieses Gesetz den Fall eines Beweises gegen den Besitzer der Erbschaft, für welchen die Vermuthung spricht, und eines Gegenbeweises gegen die von den Brüdern ausgestellte Quittung, wodurch sie ihn als Sohn des Verstorbenen bereits anerkannt hatten.

3) Wenn es in L, 17. ff. de probat. heißt:

„Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere Falcidiam, quod dum probare non potest, merito condemnabitur;"

und hiernach der Erbe darzulegen hat, daß die Erbschaft für den vollen Betrag der Legate nicht hinreiche, so ist auch dies nicht der Beweis einer reinen Negation, wie Weber meint, sondern der Erbe hat den wirklichen Bestand der Erbschaft, also eine Thatsache ins Licht zu setzen, und dann gewährt eine Vergleichung desselben mit dem Betrag der Legate von selbst

29) Klötzer, a. O. s. 10. Num. 1.

30) Klötzer, a. O. §. 10. Num. 2.

das Resultat: ob der Nachlaß durch die Vermächtnisse erschöpft sey, oder nicht [31]).

4) In L. 11. C. de probat. wird von dem Fall ausgegangen: daß, wer ein Testament als ungültig ansieht, die Fehler desselben zu zeigen habe. Diese Fehler lassen sich aber keineswegs auf bloßes Nichtvorhandenseyn affirmativer Erfordernisse beschränken, sondern können auch in Thatsachen liegen, welche der Gültigkeit des Testaments entgegenstehen [32]), z. B. wenn unter den Testaments-Zeugen ein Frauenzimmer oder ein anderer unfähiger Zeuge sich befand, oder wenn das Testament anstatt des Tastators von einer andern dazu nicht befugten Person unterschrieben worden ist. Wo aber dem Testamente die äußerlichen Erfordernisse abgehen, bedarf es in der That nicht erst des Beweises dieser Fehler, da sie sich aus der Ansicht des Testaments sogleich von selbst ergeben [33]).

5) Die Bestimmung in L. 5. §. 1. ff. de probat.

„Idem (Paulus) respondit, si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere."

unterstützt Webers Meinung eben so wenig, denn, sowie überhaupt für Förmlichkeiten der gerichtlichen Emancipation die rechtliche Vermuthung eintrifft, so können Fehler dieser Handlung auch in besonderen Thatsachen bestehen, z. B. darin, daß der Emancipirte nicht Sohn des Emancipanten war, und einen andern Vater hatte, in dessen Gewalt er sich befand [34]). Wo aber die Wahrheit einzelner Theile der Emancipations-Handlung angegriffen wird, da liegt doch wohl diese Handlung im Ganzen schon vor, folglich ist der Angriff derselben nur Sache des Gegenbeweises.

6) Vergeblich bezieht Weber auf L. 10. ff. de ver-

---

31) Klöber. §. 10. Num. 3.

32) Klöber. Ebd. Num. 4.

33) Vergl. L. 3. C. de edicto Divi Hadriani tollendo.

34) Vergl. L. 2. C. si adversus rem judic.

bor. obligat. wornach, wenn Jemand dem Andern Etwas versprochen hat, unter der Bedingung: wenn ein Dritter vor Anfang des Monats May nicht nach Italien gekommen seyn würde, eine Klage vor dem May nicht Statt finden soll, es würde dann erwiesen: daß der Dritte gar nicht im Stande wäre, vor dem May dahin zu gelangen. Nämlich dieses Hinderniß beruht auf einer besonderen Thatsache [35]).

7) Bey vorgefallenen Verbalinjurien hat zwar nach L. 5. C. de injuriis, der Injuriant den Beweis der fehlenden Absicht zu beleidigen zu führen, aber auch das ist nur ein Gegenbeweis gegen die bereits vorliegende Injurie, welcher nach diesem Gesetz auf die Wahrheit des Vorwurfs gerichtet wird (fides veri a calumnia te defendit.)

8) Wer verneint, daß der Testator, als er ein Codicill errichtete, seiner Sinne mächtig gewesen, soll es nach L. 5. C. de codicill. beweisen. In der That ist aber dieser Beweis auf eine durch äußerliche Handlungen zu gründende Bejahung, daß der Testator sich in Raserey oder Wahnsinn befunden habe, zu richten und als Gegenbeweis gegen das vorhandene Codicill anzusehen.

9) Endlich spricht auch die von Weber angeführte L. 13. C. de non numer. pec. offenbar von einem Gegenbeweis wider eine ausgestellte Handschrift, welcher nach Befinden selbst specielle Thatsachen umfassen kann [36]).

Weber hatte sich noch auf Leg. 19. §. 2. ff. de probat. auf §. 12. Inst. de inutilibus stipulat. und Leg. 14. C. de contr. et commit. stipulat. berufen können, worin ebenfalls der Beweis einer scheinbaren Verneinung erfordert wird. Er bemerkt S. 198. selbst: der Beweis einer Verneinung sey bisweilen darum nöthig, weil der Gegner eine Rechtsvermuthung für sich habe. Allerdings aber nur wo diese eintritt, und außerdem ist da, wo eine Thatsache bereits vor-

35) Klötzer. Ebd. Num. 6.

36) Klötzer. Ebd. Num. 9.

liegt, der Gegenbeweis auf die Verneinung derselben zu richten, welcher aber oft selbst auf entgegenstehende Thatsachen gegründet wird [37].

Weber fügt seinen juristischen Argumenten, deren Unhaltbarkeit bisher dargelegt worden ist, zu Unterstützung seiner Theorie noch einen politischen Grund bey, welcher darin besteht:

> es würde die entgegengesetzte Meinung zu Chicanen führen, und die streitenden Parthepen verleiten: bejahende Sätze in verneinende umzukleiden, um sich der Beweislast zu entledigen [38].

Allein, so wie überhaupt ausdrückliche Gesetze durch die bloße Unzweckmäßigkeit derselben ihre Kraft nicht verlieren, so kann auch jenes politische Argument die gesetzlich festgestellte Regel: daß bloße Verneinungen des Beweises nicht bedürfen, nicht aufheben. Ueberdies beruht es offenbar auf einem Irrthum; denn, da der Richter einmal verpflichtet ist, nur über bejahende Sätze, nicht über bloß verneinende, den Beweis zu erfordern, so bedarf es nur der Logik, jene Amtspflicht auf vorkommende Fälle richtig anzuwenden und die in scheinbaren Verneinungen (negationes praegnantes) liegende Bejahung zu entdecken [39]. Vergeglich würde eine Parthey durch zu generelle Ausdrücke, welche verneinend gestellt die in ihnen liegende Thatsache im Schatten zurückließen, einen rechtlichen Antrag begründen, z. B. wenn sie bloß läugnete, daß ihr Gegner bona fide gewesen, ohne den factischen Grund der malae fidei mit anzugeben, oder wenn sie lediglich verneinte:

37) L. 6. ff. de his, qui sui vel alieni jur. — Auch cap. 5. X. de renunciat. spricht nur vom Gegenbeweis.

38) Diesen Grund haben auch andere Rechtslehrer für erheblich geachtet, z. B. Tevenar Theorie des Beweises S. 13. Gönner. Handb. des deutschen gemeinen Processes. Bd. II. Num. XXXVII. §. 18.

39) Vergl. *Mencken* Syst. jur. civ. Lib. XXII. Tit. III. §. 9. *Leyser*, spec. 255. med. 4. *Biener*, syst. proc. §. 117.

das Rechtsgeschäft mit Ueberlegung geschlossen zu haben, und nicht zugleich die Thatsachen anführte, welche die freye Einwilligung gehindert hätten, oder, wenn auf angestellte Schwängerungsklage der Beklagte in der Exceptionsschrift bloß verneinte: daß er allein sich mit der Klägerin fleischlich vermischt habe. Wo aber die verneinend eingekleidete Behauptung einer Thatsache letztere mit ausdrückt, da gehört kein großer Scharfsinn dazu, in selbiger die Bejahung wirklich zu finden. Z. B., wenn Kläger aus einem doppelseitigen Vertrage die Erfüllung desselben von Beklagtem verlangt und in der Klage angeführt hätte:

er verneine, daß er seiner Seits den Vertrag unerfüllt gelassen habe;

oder, wenn der Beklagte die Einrede der Zahlung in den Worten aufgestellt hätte:

er läugne, daß er dem Kläger nicht 100 Thlr. bezahlt habe.

Umgekehrt wird auch der Richter die zufällig in bejahende Sätze verwandelten Verneinungen wahrnehmen, und nicht dem Urheber derselben den Beweis auflegen, z. B. wenn Kläger gesagt hätte:

er müsse bejahen (behaupten): daß ihm der Beklagte noch keinen Heller bezahlt habe.

Borst, welcher unsere Streitfrage in seiner Schrift über die Beweislast im Civilproceß, Abschnitt III. §. 18. u. f. abhandelt nnd in §. 21. ebenfalls die Nothwendigkeit des Beweises einer Verneinung vertheidigt, hat sich mehr auf philosophische und politische, als auf juristische Gründe und Auslegung der darüber sprechenden Gesetze eingelassen, welche seine Argumentation von selbst widerlegen. Wenn er z. B. S. 31. die Nothwendigkeit eines solchen Beweises für denjenigen behauptet, der über des Nachbars Grundstück einen Weg fordert, weil er sonst zu seinem eigenem Grundstück keinen Weg habe, so hat er übersehen: daß in diesem Anführen die Bejahung liegt: das Grundstück des erstern sey ringsum mit frem-

den Privatgrundstücken umgeben, folglich ist dieses Beyspiel nicht passend.

Wer durch zurechnungsfähige Fahrlässigkeit des Andern Schaden erlitten hat, muß zwar seine Entschädigungsklage wider den Schaden-Stifter auf dessen Fahrlässigkeit gründen; allein der Beweis derselben hat nicht bloße Verneinungen zum Gegenstande, und man darf sich nicht durch den Rechtsbegriff der culpae, wornach sie in Unterlassung der schuldigen Aufmerksamkeit besteht, irre führen lassen, denn dies ist nur das Resultat, welches aber sowohl durch unvorsichtiges Handeln, als durch Unterlassen dessen, was zweckmäßigerweise hätte gethan werden sollen, begründet wird. Die Unzweckmäßigkeit des Unterlassens selbst ist nicht selten erst aus einer Reihe zusammenhängender Thatsachen zu folgern. Je weniger nun über den Beweis der Fahrlässigkeit besondere abweichende Vorschriften vorhanden sind, desto unbedenklicher ist es, auch hier die allgemeine Regel über die Beweislast anzuwenden.

Einige Juristen [40]) wollen die ihnen unzureichend scheinende Regel: affirmanti incumbit probatio, in folgende verwandeln:

asserenti contra praesumtionem incumbit probatio, es möge der asserens Etwas bejahen oder verneinen. Allein dadurch würde die wahre Regel in der That aufgehoben und nur für Fälle, wo ausnahmenweise eine Präsumtion eintritt, eine Richtschnur gegeben werden, die ohnehin in der Natur rechtlicher Vermuthungen von selbst liegt. Dagegen bedarf es nach dem aus den Gesetzen entwickelten Sinn unserer Regel für bloße Verneinungen selbst dann des Beweises nicht, wenn ihnen auch keine Rechtsvermuthung entgegen steht.

40) *Specht* de insufficientia probandi regulae: Affirmanti incumbit probatio, deque alia in ejus locum substituenta. Halae, 1787. *de Mezger*, Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Altdorf 1800. Vergl. *Boehmer*, Jus eccles. Protest. Lib. II. Tit. XXIX. §. 8.